

Article

« La codification internationale du droit international privé : un échec ? »

Sylvette Guillemard et Alain Prujiner

Les Cahiers de droit, vol. 46, n°1-2, 2005, p. 175-192.

Pour citer cet article, utiliser l'information suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/043834ar>

DOI: 10.7202/043834ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : info@erudit.org

La codification internationale du droit international privé : un échec ?

Sylvette GUILLEMARD* et Alain PRUJINER**

Les efforts de codification internationale du droit international privé ont produit peu de résultats directs, mais il ressort de la multiplication des codifications nationales récentes qu'elles procèdent d'un modèle assez commun en ce qui touche les règles de rattachement tant juridictionnel que normatif. Une comparaison des codifications nationales permet de dégager les grandes lignes de ce modèle international malgré les quelques différences et divergences qui subsistent. La multiplicité des sources de codification ne semble donc pas incompatible avec le développement d'une véritable harmonisation internationale du droit international privé.

International codification efforts in the field of private international law have produced few direct results, but an increase in recent national codifications demonstrates that the latter issue from a rather common model as regards jurisdictional and normative principles of unification. A comparison of national codifications makes it possible to extract the general pattern of this international model despite the differences and variants which remain. The multiplicity of codification sources hence does not seem to be incompatible with the development of a genuine international harmonization of private international law.

* Professeure, Faculté de droit, Université Laval.

** Professeur, Faculté de droit, Université Laval.

	<i>Pages</i>
1 Codification internationale et codes nationaux	176
1.1 Effort de codification internationale	177
1.2 Codifications nationales	179
2 Rattachement juridictionnel.....	181
2.1 Compétence internationale	181
2.1.1 Facteurs de juridiction	182
2.1.2 Rôle de la volonté des parties	182
2.1.3 Juridictions exclusives	183
2.2 Reconnaissance et exécution des jugements étrangers.....	184
2.2.1 Principe de la reconnaissance et absence de révision au fond	184
2.2.2 Principe du miroir	184
3 Rattachements normatifs.....	185
3.1 Méthodes de rattachement	185
3.2 Catégories de rattachement	186
3.2.1 Personnes	186
3.2.2 Successions et biens	186
3.2.3 Obligations	187
3.3 Facteurs de rattachement	188
3.3.1 Principe de proximité	188
3.3.2 Convergences.....	189
3.3.3 Différences et divergences	190
Conclusion.....	190

1 Codification internationale et codes nationaux

La nature essentiellement nationale des sources du droit international privé produit inéluctablement, à l'échelle mondiale, une pluralité des règles destinées à régir les rapports comportant des éléments d'extranéité. La variété des règles, parfois proches, parfois contradictoires, entraîne une imprévisibilité et donc une insécurité souvent inacceptables pour les parties.

1.1 Effort de codification internationale

Pour aplanir ces difficultés, « [l]e meilleur remède serait évidemment de s'attaquer à la racine du mal, et de rendre le droit international privé plus international par sa source¹ ». Tel est justement, depuis plus d'un siècle, l'objectif de la Conférence de La Haye de droit international privé² dont le statut³, à l'article premier, énonce clairement que l'organisation intergouvernementale entend « travailler à l'unification progressive des règles de droit international privé ». Cette unification passe par l'adoption de conventions internationales, touchant principalement aux questions de rattachement juridictionnel et à celles de rattachement normatif⁴.

De 1954 à nos jours, la Conférence de La Haye a adopté 35 conventions⁵. Une observation clinique du tableau des ratifications⁶ donne des indications sur l'état de santé de ces textes. Force est de constater que si la vigueur et le succès de certains d'entre eux ne font aucun doute⁷, quelques-uns sont moribonds, d'autres pourraient même être qualifiés de mort-nés. La quantité de ces derniers n'est pas négligeable : un peu plus du quart des textes élaborés par la Conférence de La Haye ne sont jamais entrés en vigueur. Alors que des espoirs sont encore permis pour la *Convention sur la loi applicable à certains droits détenus auprès d'un intermédiaire* en raison de sa gestation récente⁸, il n'en va pas de même pour certains qui datent de la seconde moitié des années 50. Par ailleurs, parmi les textes entrés en vigueur, certains n'ont, en tant qu'instrument

-
1. P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 7^e éd., Paris, Montchrestien, 2001, p. 23.
 2. Pour mémoire, rappelons que la première session de la Conférence de La Haye a été réunie en 1893 à l'initiative de Tobias Asser, professeur de droit international et « héritier » de Hugo Grotius, précurseur de la discipline.
 3. *Statut de la Conférence de la Haye de droit international privé*, [En ligne], [hcch.e-vision.nl/index_fr.php?act=conventions.pdf&cid=29] (12 octobre 2004). C'est lors de la session de 1951 que la Conférence se donne un statut afin d'accentuer son caractère permanent. Il est entré en vigueur en 1955.
 4. Nous préférons ces expressions à celles qui sont généralement employées : « conflits de juridictions » et « conflits de lois ».
 5. La liste se trouve dans : *Conférence de la Haye de droit international privé*, [En ligne], 2004, [hcch.e-vision.nl/index_fr.php?act=text.display&tid=25] (12 octobre 2004).
 6. *Ibid.*
 7. C'est notamment le cas de la *Convention relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale* (entrée en vigueur le 15 novembre 1965), de la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* (entrée en vigueur le 25 octobre 1980) et de celle sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (entrée en vigueur le 29 mai 1993).
 8. Cette convention a été adoptée en décembre 2002.

international, qu'une efficacité très limitée. Une étude réalisée par des professeurs belges a démontré que, pour ce qui est des conventions sur les conflits de lois, elles sont :

en moyenne, ratifiées par à peine huit États [...] Pour ce qui concerne les conventions réglant des questions de compétence judiciaire et d'efficacité des jugements étrangers, le taux de ratification est sensiblement plus élevé, en moyenne une quarantaine d'États. Cependant, ce bon résultat est contrebalancé par le domaine spatial plus limité de ces conventions qui, par hypothèse, ne s'appliquent qu'entre les États qui les ont ratifiées⁹.

Les travaux de la Conférence de La Haye sont-ils assimilables à une « codification » ? Dans le présent colloque, d'autres sont certainement mieux placés que nous pour se lancer dans la définition des termes composant son titre et nous n'avancerons que très prudemment sur cette voie semée de chausse-trapes. Afin de répondre brièvement à cette question dans le cadre qui nous est imparti, nous nous contenterons ici de définir un code comme un ensemble de normes juridiques relatives à une matière. À cet égard, les textes élaborés par la Conférence de La Haye doivent plutôt être considérés comme des éléments de codification ou, pour reprendre les mots de Batiffol, ils peuvent « constituer des jalons en vue d'une unification plus large à venir¹⁰ ». Quoi qu'il en soit, la volonté internationale d'unifier le droit international privé par ce canal n'a finalement été couronnée que de peu de succès. Le moins que l'on puisse dire, comme le fait Catherine Kessedjian, c'est que « la codification internationale du droit international privé par le truchement de conventions n'est pas entièrement satisfaisante¹¹ ».

À mi-chemin entre le national et l'international, sur le plan régional¹² donc, l'Europe a adopté elle aussi des textes de droit international privé

-
9. SÉNAT DE BELGIQUE, *Proposition de loi portant le Code de droit international privé*, rapport fait au nom de la Commission de la justice par M^{me} Nyssens et M. Willems, [En ligne], 2004, [www.senate.be/www/?Mival=/Registers/ViewReg.html&COLL=S&POS=32&PUID=50332601&TID=50334731&LANG=fr] (23 novembre 2004). Mentionnons que 64 États sont membres de la Conférence de La Haye de droit international privé; la France l'est depuis 1964 et le Canada, depuis 1968.
 10. H. BATIFFOL, « Douzième session de la Conférence de La Haye », (1973) *Rev. crit. dr. int. priv* 243, 252.
 11. C. KESSEDJIAN, « La codification en droit international privé », *La codification du droit international, Colloque d'Aix-en-Provence*, Paris, Pédone, 1998, p. 101, à la page 107. Signalons que les textes de la Conférence de La Haye dont le succès est le plus retentissant concernent les affaires familiales et la procédure.
 12. Évoquant la codification régionale, un auteur rappelle que l'idée avait déjà été « émise en son temps par Grotius, selon laquelle [des] principes et des règles juridiques peuvent éclore et s'appliquer dans des cercles restreints d'entités que cimenteraient d'étroites accointances » : R. MEHDI, « Les objectifs de la codification régionale », dans *La codification du droit international, op. cit.*, note 11, p. 70.

uniforme, en vue de régir dans son espace certaines situations comportant un élément d'extranéité. Comme le font remarquer les rapporteurs de la proposition de *Loi portant le Code de droit international privé belge*, «[p]ratiquement tous les textes européens concernent la matière des conflits de juridiction¹³». En ce qui concerne les conflits de lois, les pays d'Europe sont couverts dans un domaine bien spécifique, les obligations contractuelles, par la *Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles* (aussi appelée «Convention de Rome») de 1980¹⁴. Toujours au registre des rattachements normatifs, le Parlement européen examine actuellement une proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles¹⁵. Ici encore, nous ne pouvons réellement parler de codification mais plutôt d'éléments, très parcellaires, il faut bien le dire, de codification.

Le tableau de la codification internationale est donc bien vide et l'idée d'un échec s'impose à première vue.

1.2 Codifications nationales

Tandis que le droit international privé «international» a de la difficulté à prendre corps en tant qu'ensemble cohérent de règles, il y a, depuis environ deux décennies, une prolifération de codifications nationales des «règles de conflits». Ce besoin de se donner au niveau national des règles de droit international privé s'explique peut-être, dans un contexte où les relations transnationales sont de plus en plus nombreuses, par l'échec des projets mondiaux ou par le fait, comme en Europe, que des règles élaborées

-
13. Voir [En ligne], 2004, [www.senate.be/www/?MIval=/publications/viewPub.html&COLL=S&LEG=3&NR=27&VOLGNR=7&LANG=fr] (12 octobre 2004). Parmi les grands textes européens, citons : le *Règlement relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale*, Règlement (CE) n° 1348/2000 du Conseil du 29 mai 2000) et celui concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale, Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000. Ce dernier remplace en quelque sorte la *Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* (ci-après citée : «Convention de Bruxelles»), Bruxelles, le 27 septembre 1968. Mentionnons également le *Règlement sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale*, Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003.
 14. *Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles* (ci-après citée : «Convention de Rome»), Rome, le 19 juin 1980, Doc. 80/934/CEE.
 15. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil, du 22 juillet 2003, sur la loi applicable aux obligations non contractuelles («ROME II») [COM(2003) 427 final].

pour une « région » n'ont pas vocation à régir les relations entre les États membres de la région et le reste du monde.

H. Muir Watt constatait en 1998 que « de la Chine à l'Allemagne, en passant par la Turquie, le Yémen ou le Burkina Faso, tout le monde — c'est-à-dire le monde entier, ou presque — a codifié son droit international privé¹⁶ ». Depuis, plusieurs États se sont encore ajoutés à cette liste. Le cas de la France, îlot de résistance dans ce mouvement de codification nationale, est bien connu. Comme l'écrit joliment un universitaire, « [l]a codification à la française est une vieille dame dont on attend les noces avec le droit international privé depuis si longtemps qu'il faut, semble-t-il, se résigner à la voir rester vieille fille¹⁷ ».

La diversité des sources de ces codifications nationales ne dissimule-t-elle pas l'existence d'une inspiration commune, donc d'un certain modèle international latent? Serait-il possible de parler alors d'une modélisation internationale des codifications nationales? C'est ce que nous avons essayé de vérifier. Nous avons retenu pour notre étude une dizaine de textes adoptés il y a moins de vingt ans, en provenance d'horizons variés (du Québec¹⁸ et de la Louisiane¹⁹ au Vietnam²⁰ et à la Tunisie²¹ en passant par

16. H. MUIR WATT, « La codification en droit international privé », *Droits* – 27, 1998, 150.

17. E. PUTMAN, « Réflexions sur la question de la codification du droit international privé », dans *La codification du droit international*, op. cit., note 11, p. 111.

18. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.

19. *Acte de 1991 n° 923, Acte portant amendement et nouvelle promulgation du chapitre 3 du Titre préliminaire du Code civil, ledit chapitre précédemment composé des articles 14 et 15 du Code civil étant destiné à comprendre les articles 14 à 19 du Code civil relatifs aux règles de conflits de lois* (ci-après citée: « Loi louisianaise »). La version française a été publiée dans (1992) *Rev. crit. dr. int. priv.* 394; voir aussi S. SYMEONIDES, « Les grands problèmes de droit international privé et la nouvelle codification de Louisiane », (1992) *Rev. crit. dr. int. priv.* 223.

20. *Code civil de la République socialiste du Vietnam* (1995) (ci-après cité: « Code vietnamien »). La version française a été publiée dans (2000) *Rev. crit. dr. int. priv.* 298.

21. *Loi n° 98-97 du 27 novembre 1998, portant promulgation du Code de droit international privé* (ci-après citée: « Loi tunisienne »), voir: JURISITE TUNISIE, [En ligne], 2005, [www.jurisitetunisie.com/tunisie/codes/cdip/menu.html] (27 avril 2005). Voir A. MEZGHANI, *Commentaires du Code de droit international privé*, Tunis, Centre de publication universitaire, 1999, et A. MEZGHANI « Les innovations du code tunisien de droit international privé », (2001) 65 *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 102.

le Venezuela²², l'Italie²³, la Confédération helvétique²⁴, l'Allemagne²⁵ et la Belgique²⁶), et nous les avons comparés à la recherche d'éventuels traits communs. Dans le présent article, nous pouvons difficilement exposer en détail l'analyse des dispositions sur lesquelles nous nous sommes penchés. Nous jugeons préférable de livrer aux lecteurs les conclusions auxquelles nous en sommes venus au terme de cette analyse, d'abord en ce qui a trait à certains éléments du rattachement juridictionnel (2) puis à quelques-uns du rattachement normatif (3).

2 Rattachement juridictionnel

2.1 Compétence internationale

Comme nous l'avons mentionné plus haut, le domaine de la compétence internationale, ainsi d'ailleurs que celui de la procédure, est l'un de ceux dans lesquels la Conférence de La Haye a été la plus fructueuse. Cependant, la portée limitée des instruments qu'elle a élaborés laisse une large place aux codifications nationales. Une analyse comparative orientée vers leurs convergences et divergences permet les constatations suivantes, regroupées selon leur objet : facteurs de juridiction, volonté des parties, exclusivité.

-
22. *Loi du 6 août 1998, Loi de droit international privé* (ci-après citée : «Loi vénézuélienne»). La version française a été publiée dans (1999) *Rev. crit. dr. int. priv.* 392 ; voir aussi G. PARRA-ARANGUEREN, «La loi vénézuélienne de 1998 sur le droit international privé», (1999) *Rev. crit. dr. int. priv.* 209.
 23. *Loi du 31 mai 1995, Réforme du système italien de droit international privé* (n. 218). La version française a été publiée dans (1996) *Rev. crit. dr. int. priv.* 174. Voir aussi A. GIARDINA, «Les caractères généraux de la réforme», (1996) *Rev. crit. dr. int. priv.* 1.
 24. *Loi fédérale sur le droit international privé* (18 décembre 1987) (ci-après citée : «Loi suisse»). De multiples commentaires ont été publiés sur cette loi. Un instrument utile pour son application a été produit par P.M. PATOCCHI et E. GEISINGER, *Code de droit international privé suisse annoté*, Lausanne, Payot, 1995.
 25. *Loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé* (ci-après citée : «Loi allemande du 25 juillet 1986»). La version française a été publiée dans (1987) *Rev. crit. dr. int. priv.* 170, commentaires de H.-J. SONNENBERGER, «Introduction générale à la réforme du droit international privé dans la République fédérale d'Allemagne selon la loi du 25 juillet 1986», (1987) *Rev. crit. dr. int. priv.* 1 et la *Loi du 21 mai 1999 sur le droit international privé des obligations extracontractuelles et des biens* (ci-après citée : «Loi allemande du 21 mai 1999»). La version française a été publiée dans (1999) *Rev. crit. dr. int. priv.* 870 ; H.-J. SONNENBERGER, «La loi allemande du 21 mai 1999 sur le droit international privé des obligations non contractuelles et des biens», (1999) *Rev. crit. dr. int. priv.* 647.
 26. *Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé* (2004) (ci-après cité : «Code belge»).

2.1.1 Facteurs de juridiction

Une première convergence s'impose : les deux facteurs de rattachement juridictionnels fondamentaux sont identiques dans les textes étudiés. Il s'agit du *situs* des biens, unanimement respecté pour les actions réelles et du domicile du défendeur, qui, suivant le principe en matière interne, constitue la règle fondamentale et traditionnelle en ce qui concerne les actions personnelles. Au domicile s'ajoute fréquemment, dans un cas même s'y substitue²⁷, la notion de résidence, habituelle ou non. Au passage, signalons que les textes internationaux, eux, abandonnent de plus en plus la notion de domicile au profit de celle de résidence²⁸, dont il faut admettre qu'elle présente un caractère concret et factuel plus facile à établir que le concept de domicile, concept en outre variable d'un ordre juridique à un autre.

2.1.2 Rôle de la volonté des parties

Autre élément qui emporte l'unanimité, le rattachement juridictionnel fondé sur la volonté des parties. Dans le contexte de contrats internationaux, la clause d'élection de for, soit le fait pour les parties d'attribuer conventionnellement compétence à un tribunal donné, est devenue, d'après Catherine Kessedjian, « très courante [...] à tel point que l'on ne devrait plus s'interroger, semble-t-il, sur le principe de sa validité »²⁹. Les conventions de La Haye ont pris acte de cette pratique contractuelle et, dès 1958, ont admis sa validité³⁰, reprise donc par les législations nationales. Seul le

27. C'est le cas en droit allemand.

28. Voir : la *Convention concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants*, La Haye, 15 avril 1958 ; la *Convention concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption*, La Haye, 15 novembre 1965 ; la *Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, La Haye, 1^{er} février 1971 ; la *Convention sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps*, La Haye, 1^{er} juin 1970 ; la *Convention concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires*, La Haye, 2 octobre 1973. Aux termes du projet de convention de La Haye sur l'exécution et la reconnaissance des jugements étrangers, abandonné il y a environ deux ans, le for général était celui de la résidence du défendeur. En revanche, c'est bien le domicile qui constitue le rattachement juridictionnel général en vertu du récent Règlement européen (art. 2 § 1).

29. CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, rapport établi par Catherine Kessedjian, [En ligne], 1997, [h^{cc}h.e-vision.nl/upload/wop/jdgm_dp7.pdf] (12 octobre 2004).

30. *Convention sur la compétence du for contractuel en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels*, La Haye, 15 avril 1958 (non en vigueur) ; *Convention sur les accords d'élection de for*, La Haye, 25 novembre 1965 (non en vigueur) ;

domaine d'application de l'élection de for présente des variations, mais ce facteur de rattachement est majoritairement réservé aux affaires contractuelles³¹. Il faut noter ici une originalité du nouveau droit belge qui permet au tribunal belge, objet d'une élection de for, de décliner sa compétence³². Sans nous prononcer plus avant sur ce surprenant parfum de *forum non conveniens*, signalons que, à une époque où la liberté contractuelle est encouragée et jouit d'un respect indéniable, il est curieux de la mettre ainsi à mal et de choisir de menacer les efforts de prévisibilité des parties.

2.1.3 Juridictions exclusives

L'article 12 de la Convention de La Haye sur la reconnaissance des jugements étrangers de 1971 permet d'attribuer une compétence exclusive aux tribunaux nationaux et refuse ainsi à toute autre autorité étrangère la possibilité de se prononcer sur certaines questions ou dans des circonstances particulières. En cas de contravention, la sanction est la non-reconnaissance de la décision étrangère. La plupart des législateurs ont choisi de suivre cette voie. La palette des situations comprises dans cette exclusivité de compétence est large puisqu'elle va des actions réelles touchant des immeubles situés sur le territoire national³³ aux matières concernant l'ordre public en passant par les questions portant sur la nationalité et la procédure collective³⁴. Le codificateur québécois a choisi de

Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale, précitée, note 28. La Conférence de La Haye avait entrepris, il y a une dizaine d'années, d'élaborer une nouvelle convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers de La Haye (Projet de convention sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale). En 2002, le secrétariat de la Conférence a proposé un changement de cap radical, « Et si la Convention était limitée aux clauses d'élection de for dans les affaires entre professionnels ? » : CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Document de réflexion pour aider à la préparation d'une convention sur la compétence et la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, préparé par Andrea Schulz, p. 7, [En ligne], 2002, [hcch.e-vision.nl/upload/wop/jdgm_pd19f.pdf] (12 octobre 2004). Depuis lors, les travaux portent effectivement sur un « Projet relatif aux accords exclusifs d'élection de for ». Le Règlement européen admet le principe de la liberté contractuelle en accordant pleine valeur aux clauses d'élection de for (art. 23).

31. Ainsi, le droit vénézuélien autorise la prorogation de for non seulement en matière patrimoniale mais également « pour l'exercice des actions relatives à l'état des personnes ou aux relations de famille » : Loi vénézuélienne, précitée, note 22, art. 42. Il faut cependant que l'action « ait un lien effectif avec le territoire de la République ».
32. Code belge, précité, note 26, art. 6 § 2.
33. Loi suisse, précitée, note 24, art. 97, et Loi vénézuélienne, précitée, note 22, art. 47.
34. Loi tunisienne, précitée, note 21, art. 8.

donner compétence exclusive à ses tribunaux dans toute cause portant sur la responsabilité civile liée, comme il le dit laconiquement, à l'utilisation d'une matière première en provenance du Québec³⁵.

2.2 Reconnaissance et exécution des jugements étrangers

2.2.1 Principe de la reconnaissance et absence de révision au fond

La reconnaissance des décisions étrangères constitue le principe, à l'image de ce que prévoit la Convention de La Haye de 1971. Ce principe, dans les textes nationaux, se décline soit sur le mode de la présomption, soit sous forme conditionnelle. Un autre élément qui rassemble les textes est l'absence de révision au fond de la décision objet de la procédure de reconnaissance ou d'exécution, à l'image d'ailleurs de ce que prévoit également la Convention de La Haye de 1971 en la matière³⁶. Les tribunaux des ordres juridiques étudiés ne peuvent donc se livrer, à l'étape de la reconnaissance, à un nouveau procès sur le fond.

2.2.2 Principe du miroir

Les conditions de reconnaissance d'un jugement exigent d'abord un contrôle de la compétence du tribunal qui l'a rendu. Sur ce plan, il est aisé de constater une généralisation, assortie de quelques exceptions, du principe du miroir, en vertu duquel la compétence indirecte, soit celle de l'autorité étrangère, est fondée sur les mêmes facteurs de rattachement que la compétence directe, c'est-à-dire la compétence du tribunal saisi de la demande de reconnaissance. Notons que sur ce chapitre le *Code civil du Québec* présente quelques particularités puisque le principe du miroir s'accompagne d'une réserve. L'article 3164 dispose ceci : « La compétence des autorités étrangères est établie suivant les règles de compétence applicables aux autorités québécoise [en vertu du titre troisième du présent livre] dans la mesure où le litige se rattache d'une façon importante à l'État dont l'autorité a été saisie [l'italique est de nous.] ». En outre, le codificateur québécois a pris soin, pour quelques sujets (contrats, filiation et divorce), d'apporter des modifications au principe du miroir, ce qui permet à Patrick Glenn d'évoquer « le miroir ajusté »³⁷.

35. Art. 3151 C.c.Q., note 18. La matière première principalement visée est l'amiante.

36. *Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, précitée, note 28.

37. H.P. GLENN, « Droit international privé », dans BARREAU DU QUÉBEC ET CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, Québec, PUL, 1993, 669, p. 771.

En résumé, pour ce qui est des facteurs de rattachement juridictionnel et des conditions de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères, les législations nationales de droit international privé adoptées récemment laissent voir indiscutablement bon nombre de similitudes, quitte à ce qu'elles subissent, ici ou là, des variations.

3 Rattachements normatifs

L'étude des rattachements normatifs, c'est-à-dire des modes de désignation du droit applicable, nous permet de continuer à dresser le bilan des convergences et des divergences des codifications récentes.

3.1 Méthodes de rattachement

La première convergence majeure se trouve ici dans la méthode utilisée, commune aux divers codes, baptisée « bilatérale » par les auteurs de droit international privé, car elle s'applique autant à la désignation du droit national qu'à celle des droits étrangers. Ce bilatéralisme de principe n'est tempéré que par l'intervention des lois dites d'application nécessaire soit du for³⁸, soit, plus rarement, des autres pays³⁹. Cette approche fondamentale est généralisée⁴⁰.

Notons que c'est aussi le cas de la restriction de la notion d'ordre public sur le plan international à ce qui est incompatible avec les fondements du droit applicable plutôt qu'à l'ensemble des règles impératives.

Les règles de rattachement principales sont donc composées partout de catégories juridiques auxquelles sont accolés des facteurs de rattachement. Il était donc intéressant de vérifier si les catégories sont les mêmes et jusqu'à quel point elles sont liées à des facteurs identiques.

38. Voir la Loi suisse, précitée, note 24, art. 18 ; C.c.Q., note 18, art. 3076 ; Loi italienne, précitée, note 23, art. 17 ; Loi tunisienne, précitée, note 21, art. 38 ; Code belge, précité, note 26 art. 20 ; Loi allemande du 25 juillet 1986, précitée, note 25, art. 34 (limité au droit du contrat).

39. Loi suisse, précitée, note 24, art. 19 ; C.c.Q. note 18, art. 3079 ; Loi tunisienne, précitée, note 21, art. 38 ; Code belge, précité, note 26, art. 20.

40. C'est une modification importante en Allemagne, par exemple, voir H.J. SONNENBERG, *loc. cit.* note 25, 7.

3.2 Catégories de rattachement

En ce qui concerne les catégories, le résultat est clair : la structure des *Institutes* de Justinien, qui a profondément influencé tous les droits codifiés, est présente partout en droit international privé, avec des variations bien localisées. Nous retrouvons donc la matrice classique : personnes, biens et obligations. Certaines matières charnières sont souvent placées stratégiquement à la frontière des catégories auxquelles elles sont reliées.

3.2.1 Personnes

La catégorie des personnes englobe les questions d'état et de capacité ainsi que les relations familiales des personnes physiques dans tous les droits étudiés. Mariage, filiation et divorce figurent dans l'ensemble des textes, sauf certaines omissions dues à des contraintes juridiques locales (comme le divorce en droit québécois puisqu'il relève du droit fédéral). D'un code à l'autre, ces catégories apparaissent avec des contenus proches. Notons aussi quelques variations sur la présence ou non d'institutions parfois anciennes, comme les fiançailles⁴¹, ou récentes, telle l'union civile⁴².

Le traitement des personnes morales est assez généralisé⁴³, mais il est souvent très limité, pour des raisons plus contingentes que structurelles, l'encadrement juridique des sociétés soulevant parfois des difficultés d'ordre constitutionnel ou d'autres problèmes techniques pour leur inclusion dans une codification de droit international privé.

3.2.2 Successions et biens

Matière charnière type, les successions sont le plus souvent situées entre le statut personnel et le statut réel⁴⁴. Le Québec se distingue en les intégrant dans le statut réel⁴⁵, mais derrière cette divergence théorique, qui peut sembler majeure, les règles de rattachement sont fréquemment

41. Code belge, précité, note 26, art. 45.

42. C.c.Q., note 18, art. 3090.1-3090.3. Voir aussi le Code belge, précité, note 26, art. 58-60.

43. Loi suisse, précitée, note 24, art 150 et suiv. ; C.c.Q., note 18, art. 3083 ; Loi italienne, précitée, note 23, art. 25 ; Loi vénézuélienne, précitée, note 22, art. 20 ; Code belge, précité, note 26, art. 110 et suiv. ; Loi louisianaise, *supra*, note 19, seul le domicile de la personne morale est abordé (art. 3518).

44. Loi suisse, précitée, note 24, c. 6 ; Loi vénézuélienne, précitée, note 22, c. 7 ; Loi italienne, précitée, note 23, c. 7 ; Loi louisianaise, précitée, note 19, titre IV ; Code belge, précité, note 26, c. 7 ; Loi tunisienne, précitée, note 21, c. 4.

45. C.c.Q., note 18, art. 3098-3101.

voisines. C'est ainsi que la réserve successorale sur les immeubles étrangers est traitée de manière différente techniquement mais avec des résultats presque identiques en Allemagne et au Québec⁴⁶.

En matière de biens, la distinction meuble/immeuble est généralisée, mais sa portée est variable. Parfois elle joue un rôle structurant⁴⁷, parfois non⁴⁸.

La propriété intellectuelle, dont l'importance économique est croissante, fait plus rarement l'objet d'un traitement spécifique dans ces codifications, mais les exemples suisse et belge⁴⁹ pourraient en inspirer d'autres.

3.2.3 Obligations

Enfin, les obligations sont traitées suivant leur source contractuelle ou délictuelle. La forme des contrats et autres actes juridiques retient habituellement l'attention, parfois seule⁵⁰, parfois avec celle des autres actes juridiques⁵¹. Les contrats sont aussi divisés ensuite selon leur type. D'un cas à l'autre, cette opération peut être plus ou moins détaillée et fournir un nombre variable de sous-catégories comme la vente⁵², la représentation⁵³, la cession de créance⁵⁴ ou le contrat de consommation⁵⁵. Dans l'ensemble cependant, il existe une grande similarité des opérations visées.

46. Loi allemande du 25 juillet 1986, précitée, note 25, art. 3, al. 3 ; C.c.Q., note 18, art. 3099, 3100.

47. Loi suisse, précitée, note 24, art. 99 et 100 ; C.c.Q., note 18, art. 3098 (pour les successions) ; Loi louisianaise, précitée, note 19, art. 3535, 3536.

48. Loi allemande du 21 mai 1999, précitée, note 25, art. 43 ; Loi italienne, précitée, note 23, art. 51 ; Code vietnamien, précité, note 20, art. 833 ; Loi vénézuélienne, précitée, note 22, art. 27 ; Code belge, précité, note 26, art. 94 et 78.

49. Loi suisse, précitée, note 24, c. 8 ; Code belge, précité, note 26, art. 93, 95.

50. Loi suisse, précitée, note 24, art. 124 : la règle applicable au testament est celle de la Convention de La Haye selon l'article 93. Loi tunisienne, précitée, note 21, art. 68, 55 et 56 (testament et donation) ; Loi louisianaise, précitée, note 19, art. 3538 et 3528 (testaments). Loi italienne, précitée, note 23, et Code belge, précité, note 26 : cela se fait par référence à la *Convention de Rome*, précitée, note 14, art. 9.

51. C.c.Q., note 18, art. 3109 ; Loi vénézuélienne, précitée, note 22, art. 37.

52. C.c.Q., note 18, art. 3114, inspiré par la *Convention sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises*, La Haye, 22 décembre 1986, art. 8 ; Loi suisse, précitée, note 24 : l'article 117 fait référence aux contrats d'aliénation, sinon voir l'article 118 qui renvoie à la Convention de La Haye de 1955, précitée, note 3.

53. C.c.Q., note 18, art. 3116.

54. Loi allemande du 25 juillet 1986, précitée, note 25, art. 33 ; C.c.Q., note 18, art. 3120 ; Loi suisse, précitée, note 24, art. 145.

55. Loi allemande du 25 juillet 1986, précitée, note 25, art. 29 ; Loi italienne, précitée, note 23, et Code belge, précité, note 26 : cela se fait par référence à la *Convention de Rome*, précitée, note 14, art. 5 ; C.c.Q., note 18, art. 3117.

3.3 Facteurs de rattachement

3.3.1 Principe de proximité

Les facteurs de rattachement, maintenant, répondent à une philosophie commune, souvent très explicite : le principe de proximité, mis en avant par Savigny au XIX^e siècle et dont l'influence reste largement dominante⁵⁶, y compris par le recours grandissant à la clause d'exception qui permet d'écarter un rattachement du code lorsque celui-ci désigne un droit trop étranger à la situation concrète⁵⁷. Cela fait des règles de rattachement des codes une présomption qui peut être remise en cause au nom de la proximité.

Une autre tendance dominante est la multiplication des facteurs de rattachement pour certaines catégories. Un bel exemple en est l'échelle de Kegel adoptée en Allemagne⁵⁸. Cette multiplicité peut être liée à une volonté de protection d'une personne, comme l'enfant dans la filiation⁵⁹ ou la victime en responsabilité délictuelle⁶⁰. Elle peut être aussi liée à une recherche de validation de la forme des actes juridiques suivant le modèle de la *Convention sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires*⁶¹. Cette technique permet de limiter l'impact du caractère «aveugle» parfois reproché aux règles de rattachement. La multiplication

56. La seule exception est la Loi louisianaise, précitée, note 19, très influencée par l'analyse des intérêts gouvernementaux propres aux États-Unis. Voir S. SYMEONIDES, *loc. cit.*, note 19.

57. C.c.Q., note 18, art. 3082; Loi suisse, précitée, note 24, art. 15; Code belge, précité, note 26, art. 19;

58. BGB (Bürgerliches Gesetzbuch), art. 14, voir H.-J. SONNENBERGER, *loc. cit.*, note 25, 13. Cette échelle prévoit une série de points de rattachement en ordre pour les effets généraux de mariage : nationalité commune, à défaut, dernière nationalité commune, à défaut, résidence habituelle commune, à défaut, dernière résidence commune, à défaut, lien le plus étroit. Au Québec, voir C.c.Q., note 18, art. 3089; aux Pays-Bas, *Loi du 14 mars 2002 sur la filiation* (Stb 2002, 153), art. 1; et Code belge, précité, note 26, art. 48.

59. C.c.Q., note 18, art. 3091; Loi suisse, précitée, note 24, art. 72; *Loi du 14 mars 2002 sur la filiation*, précitée, note 58, art. 4; Loi tunisienne, précitée, note 21, art. 52.

60. Code belge, précité, note 26, art. 99; C.c.Q., note 18, art. 3128; Loi suisse, précitée, note 24, art. 135; Loi tunisienne, précitée, note 21, art. 72.

61. *Convention sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires*, 5 octobre 1961, art. 1, applicable en Suisse (Loi suisse, précitée, note 24, art. 93) et en Belgique (Code belge, précité, note 26, art. 83); voir aussi : Loi allemande du 25 juillet 1986, précitée, note 25, art. 26; Loi italienne, précitée, note 23, art. 48; C.c.Q., note 18, art. 3109; Loi tunisienne, précitée, note 21, art. 55; Loi vénézuélienne, précitée, note 22, art. 37. Sur l'élargissement du *Günstigkeitsprinzip*, voir H.J. SONNENBERGER, *loc. cit.*, note 25, 16.

des facteurs permet ainsi de sélectionner celui dont le résultat concret correspond le mieux à la politique juridique de l'État qui l'a adopté. C'est aussi une autre manière de mettre en œuvre le principe de proximité.

3.3.2 Convergences

Nous avons également observé une convergence des facteurs de localisation utilisés. Comme pour le rattachement juridictionnel, le rattachement en matière réelle est le *situs* du bien, tant pour les immeubles que les meubles⁶².

Le rôle de la volonté des parties est clairement dominant dans son champ traditionnel, celui du droit applicable au contrat, avec un accroissement du degré de liberté de cette autonomie : absence d'exigence d'un lien entre le droit choisi et la relation contractuelle, possibilité de dépeçage, etc. Il faut aussi noter qu'un rôle important est de plus en plus reconnu à la volonté dans d'autres champs, comme celui de la succession ou du contrat de mariage.

La localisation des rattachements dans le domaine contractuel donne en outre un exemple de convergence vers la loi de proximité qui est presque toujours explicitée⁶³. La généralisation du recours à la notion de prestation caractéristique, une innovation suisse assez récente, fournit un bel exemple de la rapidité de diffusion d'une nouvelle approche lorsqu'elle offre une solution efficace à une difficulté majeure qui entraînait auparavant des divergences marquées entre les droits nationaux⁶⁴.

Par ailleurs, la *lex loci delicti* est toujours la solution retenue en principe par la plupart des textes⁶⁵, avec comme exception courante la localisation commune des parties dans le même État⁶⁶.

62. Loi allemande du 21 mai 1999, précitée, note 25, art. 43 ; Code belge, précité, note 26, art. 87 ; Loi italienne, précitée, note 23, art. 51 ; C.c.Q., note 18, art. 3097 ; Loi tunisienne, précitée, note 21, art. 57 ; Loi vénézuélienne, précitée, note 22, art. 27 ; Code vietnamien, précité, note 20, art. 833.

63. Loi allemande du 25 juillet 1986, précitée, note 25, art. 28 ; Convention de Rome, précitée, note 14, art. 4, al. 1 ; C.c.Q., note 18, art. 3112 ; Loi suisse, précitée, note 24, art. 117 ; Loi vénézuélienne, précitée, note 22, art. 30.

64. Loi suisse, précitée, note 24, art. 117 ; C.c.Q., note 18, art. 3113 ; Convention de Rome, précitée, note 14, art. 4, al. 2, applicable en Italie (Loi italienne, précitée, note 23, art. 57) et en Belgique (Code belge, précité, note 26, art. 98) ; Loi tunisienne, précitée, note 21, art. 62.

65. Code belge, précité, note 26, art. 99 2°.

66. *Id.*, art. 99 1°.

3.3.3 Différences et divergences

Le statut personnel donne encore lieu à un clivage sur le facteur de rattachement entre les pays qui utilisent la loi nationale⁶⁷ et ceux qui préfèrent la loi du domicile ou de la résidence⁶⁸, avec une tendance marquée pourtant en faveur de l'accroissement du rôle du domicile ou de la résidence qui remplace⁶⁹ le droit national ou s'y ajoute. Cette divergence subsiste néanmoins et elle est encore la première source de renvoi.

La possibilité d'obtenir un renvoi par l'usage des règles de rattachement du droit désigné par la règle de rattachement du for est l'objet de débats depuis longtemps. Il faut bien constater que les codes adoptés présentent encore toute la gamme des attitudes possibles sur ce sujet⁷⁰, et que la question reste tout aussi posée qu'au début du siècle dernier. Il est à regretter que la Conférence de La Haye n'ait jamais produit de modèle sur ce sujet.

Pour terminer, signalons une convergence à laquelle le Québec ne participe malheureusement pas vraiment⁷¹, soit le principe d'application d'office du droit étranger par le juge⁷².

Conclusion

Que pouvons-nous conclure de cette recherche ? D'une part, l'idée d'une codification du droit international privé par des sources internationales n'a pas donné les résultats escomptés : les conventions en vigueur sont rares et à portée limitée. La codification internationale serait donc un échec. Mais, en fait, la multiplication des codifications nationales n'a pas

67. Loi italienne, précitée, note 23, art. 20 et suiv. ; Loi allemande du 25 juillet 1986, précitée, note 25 art. 7, voir aussi l'article 5 qui fait intervenir la résidence en cas de plurinationalité ; Code belge, précité, note 26, art. 34 ; Loi tunisienne, précitée, note 22, art. 39 et suiv.

68. Loi suisse, précitée, note 24, art. 33, 35, 37, 43, 48 et suiv. ; Loi vénézuélienne, précitée, note 21, art. 16 et suiv. ;

69. C'est le cas au Venezuela. Voir G. PARRA-ARANGUREN, *loc. cit.*, note 22, 217.

70. Il suffit de comparer les dispositions suivantes : art. 4 du BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) en Allemagne ; Loi italienne, précitée, note 23, art. 13 ; Loi louisianaise, précitée, note 19, art. 3517 ; Loi suisse, précitée, note 24, art. 14 ; Loi vénézuélienne, précitée, note 22, art. 4 ; Code vietnamien, précité, note 20, art. 827. Certains codes sont entièrement hostiles au renvoi : Code belge, précité, note 26, art. 16 ; C.c.Q., note 18, art. 3080 ; Loi tunisienne, précitée, note 21, art. 35.

71. C.c.Q., note 18, art. 2807, 2809.

72. Loi suisse, précitée, note 24, art. 16 ; Code belge, précité, note 26, art. 15 ; Loi italienne, précitée, note 23, art. 14 ; Loi tunisienne, précitée, note 21, art. 32 ; Loi vénézuélienne, précitée, note 22, art. 60.

entraîné, comme cela aurait pu être craint, une disparité croissante des règles en vigueur dans les divers pays. Bien au contraire, elle tend à établir un véritable modèle international ou transnational du droit international privé. Bien sûr, il reste des différences, plus rarement des divergences, dans les rattachements tant juridictionnels que normatifs, mais elles ne peuvent masquer l'ampleur du champ commun. Les législateurs nationaux s'observent manifestement les uns les autres pour produire cette véritable codification transnationale. Cette opération est nourrie à l'évidence par les travaux d'harmonisation internationale. Si les textes de la Conférence de La Haye ont eu des succès limités comme conventions, ils semblent avoir plus d'influence comme lois modèles. Bien sûr, cela n'empêche pas les législateurs nationaux d'adapter aux circonstances locales le modèle transnational.

Il faut espérer que les juges en feront autant pour produire des jurisprudences qui seront animées par la même volonté d'harmonisation internationale des règles de rattachement.

Pour aider à aller en ce sens, le rôle de la doctrine, si important en droit international privé⁷³, serait de contribuer à mieux mettre en évidence les convergences en cours.

Il est bien dommage de devoir constater l'absence de la France dans cet imposant effort international. Il y a bien eu quelques tentatives⁷⁴, assez anciennes, mais leur échec semble avoir découragé la doctrine. L'idée même d'une codification ne paraît guère l'intéresser, malgré les observations de Bernard Oppetit sur la profondeur du lien entre codification et doctrine⁷⁵. La France donne l'impression au contraire de se demander si cette codification est souhaitable ou même faisable⁷⁶. L'école française, qui a joué un si grand rôle dans le domaine, perd beaucoup d'influence en restant à l'écart d'un mouvement aussi important. Le progrès du droit international privé passe désormais par la codification. Le droit français est trop jurisprudentiel et doctrinal pour être facilement accessible aux juristes des autres pays. Par exemple, le droit suisse a bien plus inspiré récemment le Québec et la Belgique que le droit français.

73. Voir B. OPPETIT, «Le droit international privé, droit savant», (1992) III *R.C.A.D.I.* 334.

74. Notons les avant-projets de 1954 (Niboyet), de 1959 (Battifol) et de 1967 (Foyer).

75. B. OPPETIT, *loc. cit.*, note 73.

76. Voir V. HEUZÉ, «Recodifier le droit international privé?», *Le Code civil, 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz/Litec/JurisClasseur, 2004, p. 401. La démonstration de la faisabilité semble bien avoir été faite hors de France.

Catherine Kessedjian suggère comme explication à ce manque d'intérêt un choix politique implicite, internationaliste, consistant à favoriser la participation de la France aux codifications internationales plutôt que d'essayer d'en mener une nationale⁷⁷. Il est exact que les Français sont très actifs au niveau international, mais, tout comme Catherine Kessedjian, nous déplorons que cela produise une telle désaffection pour la codification du droit international privé français. Celle-ci pourrait fournir, au contraire, un atout supplémentaire appréciable à une participation encore plus efficace au niveau international.

Nous nous permettons donc de souhaiter, à l'occasion de ce bicentenaire de son code civil, que la France sache trouver la voie de la codification en droit international privé, que ce soit dans le *Code civil* ou en dehors, et qu'elle puisse ainsi mieux apporter le résultat de son expérience au développement du modèle international qui se met en place sous nos yeux.

77. C. KESSEDJIAN, *loc. cit.*, note 11, 105.